

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL

Medellín, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO:	05001 33 33 009 2020 00125 00
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	IVAN AURELIO PRESIGA OSORIO
DEMANDADO:	ESE METROSALUD
ASUNTO:	RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN RECHAZA APELACION

Por auto del primero (1º) de marzo de dos mil veintiuno (2021) el Despacho se pronunció sobre las excepciones previas formuladas por la entidad demandada y resolvió:

Declarar no probada la excepción de INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES – POR REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD al no haberse agotado la conciliación extrajudicial.

Inconforme con la decisión el apoderado de la ESE METROSALUD interpone el *RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO APELACIÓN CONTRA DICHO AUTO*.

A su vez, el apoderado de la parte actora solicita:

... que tenga por no presentado el recurso interpuesto por la demanda ESE METROSALUD, en vista de que dicho recurso no fue remitido con copia a la parte demandante como lo exige el decreto legislativo 806 de 2020:

*ARTÍCULO 3. Deberes de los sujetos procesales en relación con las tecnologías de la información y las comunicaciones. Es deber de los sujetos procesales realizar sus actuaciones y asistir a las audiencias y diligencias a través de medios tecnológicos. Para el efecto deberán suministrar a la autoridad judicial competente, y a todos los demás sujetos procesales, los canales digitales elegidos para los fines del proceso o trámite y enviar a través de estos **un ejemplar de todos los memoriales o actuaciones** que realicen, simultáneamente con copia incorporada al mensaje enviado a la autoridad judicial.*

Así mismo, se vulnera el principio de publicidad establecido en el artículo 3 del CPACA y en el párrafo 1 del artículo 2 del decreto legislativo 806 de 2020, ergo, el debido proceso, pues el principio busca que todas las actuaciones procesales sean conocidas por las partes a fin de pronunciarse sobre ellas, contradecirlas y procurar evitar nulidades y actuaciones secretas u ocultas.

El numeral 14 del artículo 78 del CGP, señala:

ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados:

(...)

14. Enviar a las demás partes del proceso después de notificadas, cuando hubieren suministrado una dirección de correo electrónico o un medio equivalente para la transmisión de datos, un ejemplar de los memoriales presentados en el proceso. Se exceptúa la petición de medidas cautelares. Este deber se cumplirá a más tardar el día siguiente a la presentación del memorial.

El incumplimiento de este deber no afecta la validez de la actuación, pero la parte afectada podrá solicitar al juez la imposición de una multa hasta por un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv) por cada infracción.

Con relación a esta solicitud el despacho considera que si bien es cierto que es una carga de la parte enviar a los demás sujetos procesales los memoriales que se presenten al despacho, su omisión no invalida la actuación; máxime que el 22/01/2021 se le dio traslado secretarial de la actuación; luego en este caso no puede hablarse de actuaciones secretas u ocultas y por lo tanto, procederá a manifestarse sobre el recurso.

La Ley 2080 de 2021 en su artículo 61, reformó el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011 y dispuso con relación al recurso de reposición:

ARTÍCULO 242. REPOSICIÓN. El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.

La misma Ley 2080 de 2021 en su artículo 62, reformó el artículo 242 de la Ley 1437 de 2011 y dispuso con relación al recurso de apelación:

ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.***
- 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.***
- 3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.***
- 4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.***
- 5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.***
- 6. El que niegue la intervención de terceros.***
- 7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.***
- 8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.***

Como puede observarse, por regla general procede el recurso de reposición contra todos los autos, salvo norma en contrario; y la excepción es el recurso de apelación, la reforma introducida a la Ley 1437 de 2011 busca con ello mayor agilidad en el trámite del proceso.

Así las cosas, procede el despacho a resolver el recurso de reposición y a rechazará, por improcedente, el recurso de apelación.

El argumento basilar del recurso consiste en que *en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha insistido en que la exigibilidad del requisito de la conciliación prejudicial pasa a ser analizada en cada caso concreto, atendiendo la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio, como ocurre en el presente caso, donde **al discutirse la existencia del derecho al reconocimiento de las horas extras laboradas, y los recargos por dominicales y festivos, se trata de una pretensión de naturaleza particular, subjetiva y de carácter económico que puede ser objeto de transacción** y por lo tanto es necesario que la parte demandante cumpla con la carga de procesal de acreditar el agotamiento de la conciliación extrajudicial.*

Pues bien, al descender al caso objeto de debate, se puede verificar que el señor Iván Aurelio Presiga Osorio acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener, la nulidad del acto administrativo que le negó, entre otros derechos, el **reajuste de su salario** tal como se desprende de la transcripción de las pretensiones:

PRIMERA: se declara la nulidad de la comunicación del día 12 de febrero de 2020, expedida por la E.S.E. METROSALUD como respuesta a derecho de petición presentado el día 19 de febrero de 2020, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago del reajuste del 100% de días domingos y festivos, el reajuste de horas

extras días compensatorios y reajuste al trabajo ordinario nocturno, dominical y festivo, el reajuste a prestaciones sociales legales y extralegales, así como los aportes a la seguridad social...

SEGUNDA: ... se condene a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. METROSALUD a reconocer, recalcular y pagar al 200% los días domingos y festivos y 235% las horas festivas nocturnas efectivamente laboradas...

TERCERA: ... se condene a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. METROSALUD a reconocer y pagar la totalidad del valor correspondiente a los compensatorios por la totalidad de los dominicales y festivos laborados.

CUARTA: ... se condene a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. METROSALUD a pagar las jornadas superiores a 44 horas semanales...

QUINTA: ... se condene a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. METROSALUD a reajustar el trabajo ordinario nocturno, dominical y festivo sobre una jornada de 24 horas...

SEXTA: ... se condene a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. METROSALUD a modificar la base salarial, a reajustar los salarios, prestaciones sociales legales y extralegales teniendo en cuenta los anteriores conceptos.

SEPTIMA: ... se condene a título de restablecimiento del derecho a la E.S.E. METROSALUD a realizar el ajuste en la seguridad social conforme a la variación del salario por el reajuste de recargos dominicales, festivos...

De acuerdo con el artículo el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario *no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras; valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*

Es irrefutable entonces que las pretensiones incluyen el valor y reconocimiento de **días domingos y festivos, el reajuste de horas extras días, reajuste al trabajo ordinario nocturno, dominical y festivo, el reajuste a prestaciones sociales legales y extralegales, así como los aportes a la seguridad social**, que son derechos irrenunciables por involucrar la remuneración vital y móvil del trabajador y por lo tanto no son negociables.

La Sección Quinta del Consejo de Estado conoció de una tutela¹ presentada contra el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Oralidad, con ocasión del proveído de 7 de mayo de 2018, por medio del cual revocó la decisión adoptada por el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito de Medellín que declaró no probada la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Veamos:

... se puede concluir que el actor no estaba obligado a agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad teniendo en cuenta que la Corte Constitucional² en repetidas ocasiones señaló que uno de los beneficios irrenunciables que ostentan los trabajadores es el salario y en esa medida se instituye como un “derecho cierto o adquirido”³, asimismo sostuvo que el empleado en ninguna circunstancia podrá “negociar, transigir, desistir o renunciar a un

¹ Radicación: 11001-03-15-000-2018-01784-00(AC)

² Ver entre otras, sentencia T- 149 de 1995; T-592 del 2009; Sentencia T-426/14.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de octubre de 2016, Sección Segunda – Subsección A del Consejo de Estado, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, rad. 11001-03-15-000-2016-02357-00.

derecho que la ley laboral establezca como mínimo e irrenunciable”.

*Deriva de lo dicho que alcance dado por la autoridad judicial tutelada al artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y al numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 no fue el acertado, pues en tales normas se indica que “**cuando los asuntos sean conciliables**” el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho; luego más allá de que las pretensiones tengan un trasfondo económico, lo cierto es que el derecho laboral reclamado por el accionante es intransigible e irrenunciable, por lo tanto, se estima que no era válido que exigiera el agotamiento del requisito prejudicial y, por ello, declarara probada la excepción de inepta demanda*

En síntesis, de lo que hasta acá se ha expuesto, lo que se pretende dentro del proceso ordinario es el pago de unas prestaciones periódicas, que hacen parte del salario que actualmente devenga el actor en su condición de servidor público de la ESE METROSALUD, las cuales son unos derechos “*ciertos e indiscutidos, **no son una simple expectativa o un derecho en formación***”, por lo tanto, está prohibida su dimisión.

Así las cosas, reiterando lo expuesto en el auto impugnado y acatando la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Antioquia que han llamado la atención para que los funcionarios judiciales analicen con sumo cuidado la naturaleza de los derechos en conflicto, esto es, determinen si se trata de aquellos inciertos y discutibles, lo cual condiciona la exigibilidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad del contencioso administrativo laboral.

Con base en las anteriores consideraciones, el Despacho no revocara la decisión tomada inicialmente y rechazara el recurso de apelación, ordenando continuar con el trámite del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN.**

RESUELVE:

PRIMERO: NO REVOCAR el auto del primero (1º) de marzo de dos mil veintiuno (2021) que declaró no probada la excepción de INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES – POR REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD al no haberse agotado la conciliación extrajudicial.

SEGUNDO: SE RECHAZA el recurso de apelación y ordena continuar con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE

Francy E. Ramirez 17

FRANCY ELENA RAMÍREZ HENAO
JUEZ

(Firma escaneada Art. 11 D.L. 491 de 18 de marzo de 2020)

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLIN
CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADO el auto anterior.

Medellín, 27/04/2021. Fijado a las 8 a.m. #023

Secretario

JJES